



Title	伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠 (一)
Author(s)	和仁, 健太郎
Citation	阪大法学. 2014, 64(2), p. 37-72
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71500
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

伝統的国際法における

敵船・敵貨捕獲の正当化根拠（一）

和 仁 健 太 郎

はじめに

一 敵船・敵貨捕獲の対象となる「敵船」および「敵貨」の範囲

1 敵性

2 敵船上の中立貨および中立船上の敵貨の扱い

二 一八世紀以前の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

1 権利執行手段としての戦争

2 捕獲による権利の実現…「法上弁済」の法理（以上、本号）

3 法上弁済以外の原理に基づく捕獲

4 自然法上の原理の修正

三 一九世紀～二〇世紀初頭の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

1 一九世紀に生じた諸変化

2 敵船・敵貨捕獲制度廃止論と存置論の対立

おわりに

はじめに

戦時において交戦国が海上の私有財産（船舶⁽¹⁾およびその貨物）のうち一定のものを拿捕・没収する行為のことを、海上捕獲という。海上捕獲は、①臨検・搜索（visit and search）→②拿捕（seizure; capture）→③捕獲審検所（prize court）所在地への引致→④捕獲審検所による審検と検定（没収または解放）、という手続で行われる。①→③を行うのは交戦国の軍艦であり、④を行うのは交戦国の捕獲審検所である。捕獲審検所が没収を検定⁽⁴⁾できるのは、(a)敵船および敵船上の敵貨⁽⁵⁾、(b)戦時禁制品（contraband of war）「ならびに戦時禁制品を輸送する船舶と同船上の戦時禁制品以外の貨物」⁽⁶⁾、(c)封鎖（blockade）を侵破する船舶「およびその貨物」⁽⁷⁾、(d)非中立的役務（*neutral service*）に従事する船舶「およびその貨物」、(e)臨検・搜索に抵抗した船舶「およびその貨物」などである（角括弧「」内のものをどのような場合に没収できるかについては、国家実行が分かれていた）。拿捕⁽²⁾できるものの範囲は没収⁽⁴⁾できるものの範囲よりも広く、例えば、戦時禁制品輸送船を没収できない場合であっても、貨物の中に戦時禁制品が含まれていれば、当該貨物だけでなく、船舶ごと拿捕⁽⁹⁾できる。①の対象となるものの範囲はさらに広く、交戦国の軍艦は、拿捕事由⁽²⁾が存在しないか否かを確認するため、海上（中立国領水を除く⁽¹⁰⁾）で発見するすべての船舶（中立国軍艦を除く⁽¹²⁾）を停船させて船舶書類を査閲し（臨検）、必要のあるときはさらに船内の搜索を行う権利を有する（臨検・搜索の権利）。交戦国が行う以上の諸行為を規律する国際法のことを、海上捕獲法（*prize law; droit de prise; Priserecht*）と云う。

海上捕獲法に関する一般条約としては、一八五六年パリ宣言⁽¹³⁾、一九〇七年第二回ハーグ平和会議で採択された若干の条約⁽¹⁴⁾、一九〇九年ロンドン宣言⁽¹⁵⁾などがある（ただしロンドン宣言は未発効）が、第二次大戦後において、海上捕獲

に関する条約は一本も作成されていない⁽¹⁶⁾。したがって、かつて存在した海上捕獲法が現在の国際法において妥当し得るか、妥当し得るとして、どのような内容のものとして妥当しているのかは、戦争・武力行使違法化が海上捕獲法にいかなる影響を与えるかという理論的側面からの検討、および国家実行の実証的分析によって明らかにするしかない。

海上捕獲法は、第二次大戦以前の戦争法研究において、さらには国際法研究全体においても、もつとも重要な研究テーマの一つとして、膨大な量の研究が蓄積されていた分野であった。そのことと比較すれば、第二次大戦後における海上捕獲法研究の蓄積は決して十分ではないが、それでも一定の数の業績は存在する。しかし、それらの業績の関心は、海上捕獲法のうち戦争・武力紛争の第三国（中立国）に対して向けられるもの（前記(b)～(e)の部分）に集中し⁽¹⁷⁾、敵船および敵貨の捕獲（前記(a)）は、十分に検討されないか、または無視されることさえ少なくない。

例えば、ネフ（Stephen C. Neff）は、「交戦権の理論的根拠（the conceptual foundations of belligerents' rights）」について検討した論文の中で、交戦権を、①交戦国相互間で行使されるもの（敵国兵士の殺傷、敵国領土の占領、敵国兵士の捕虜としての捕捉・抑留などのほか、海上における敵船・敵貨の捕獲を含む）と、②第三国（中立国）に対して行使されるもの（戦時禁制品の没収、封鎖侵破船の没収、中立船の臨検・搜索など）とに分けた上で、①については、交戦国が互いにそれらの手段に訴え合うことに同意している（voluntary assumption）と考えることが可能だから説明は容易であるとして、検討の対象をもつば②に限定している⁽¹⁸⁾。

たしかに、中立船および中立貨の捕獲は、戦争と無関係の国の船舶や貨物を対象とする点で、敵船・敵貨の捕獲よりも正当化の難しい側面があるのは事実である。しかし他方で、中立船および中立貨は、一定の理由がある場合——例えば、交戦国にとって危険な物品である場合（戦時禁制品）や、交戦国の作戦行動を妨害する場合（封鎖侵破の場合）など⁽¹⁹⁾——に限って拿捕・没収されたのに対し、敵船および敵船上の敵貨は、敵船または敵貨であるとい

うだけの理由で、無条件ですべて拿捕・没収の対象となった（まったく戦争遂行の役に立たない物品であっても、また、船舶・貨物が敵国以外の場所に向かっているにもかかわらずすべて拿捕・没収された⁽²⁰⁾）。この点、陸上の私有財産の場合、交戦国は、敵人が所有する財産であるというだけの理由でそれを没収することはできない（陸上私有財産非没収の原則）——占領軍の需要のために必要である（現品徴発（requisition en nature）および取立金（contribution））とか、敵軍の戦争遂行に使用し得る危険な物品である（軍需品（munitions de guerre）の押収（saisir））など、一定の理由がなければ没収・押収できない⁽²¹⁾——のであって、海上の敵私有財産（敵船および敵船上の敵貨）がなぜ前述のような厳しい扱いを受けたのかの根拠は、決して自明ではない。実際、三で述べるように、一九世紀には、敵船・敵貨捕獲制度について廃止論と存置論との対立があり、どちらかと言えば廃止論の方が優勢だったほどである。国際法上戦争が自由であった一九世紀にすら廃止論が優勢だったとすれば、戦争が違法化された現在において敵船・敵貨捕獲制度が妥当するかどうかは、戦時禁制品制度や封鎖制度よりも、一層慎重な検討が必要であろう。

本稿は、以上のような問題意識から、伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠——交戦国が敵船および敵船上の敵貨を敵船または敵貨であるというだけの理由で拿捕・没収できたのはなぜか——を、（正当化根拠が存在しないと考えられた可能性も含めて）明らかにする。本稿の検討対象である「敵船・敵貨捕獲（制度）」とは、ドイツ語で *Seebuteerecht* と呼ばれるものに相当し⁽²²⁾、交戦国が敵船および敵貨を、それが敵船・敵貨であるというだけの理由によって拿捕・没収する慣行、ならびにその慣行を規律する国際法を意味する。また、本稿において、「伝統的国際法」という言葉は、戦争が違法化される前の国際法という意味で用いており、第一次大戦の時期も含むが、総力戦であった第一次大戦における海上捕獲の実行は、従前の実行とかなり性質が異なるため、本稿では、

第一次大戦より前の時期に限定して検討することにする。

以下では、まず、敵船・敵貨捕獲の対象となる「敵船」および「敵貨」の範囲の決定基準について確認した（一）後、一八世紀以前（二）と一九世紀以降（三）とに分けて、敵船・敵貨捕獲がいかなる根拠・原理によって正当化されていたのか（あるいは正当化し得ないものと考えられていたのか）を検討する。

一 敵船・敵貨捕獲の対象となる「敵船」および「敵貨」の範囲

1 敵 性

海上捕獲法の適用上、船舶を敵船と中立船とに、貨物を敵貨と中立貨とに分けること（敵性の決定）が出发点となる。⁽²³⁾ 中立船および中立貨は、一定の場合に（戦時禁制品輸送や封鎖侵破の場合など）、一定の範囲においてのみ没収できるのに対し、敵船および敵船上の敵貨は、無条件で、すべて没収の対象となるからである。（なお、注（一）でも述べたように、海上捕獲法において敵船とか中立船という場合の船舶は、主として私船である。敵軍艦は、攻撃の対象となるほか、戦利品（booty of war）として拿捕・没収の対象にもなる。敵軍艦の没収の効果は、拿捕によって直ちに生ずるのであって、捕獲審検所の審検・検定を経はじめて没収できる敵船・敵貨の捕獲とは区別される。）

ところが、海上捕獲に関する国家実行は、この出発点の段階で既に分裂していた。すなわち、まず、船舶により海上輸送される貨物の敵性・中立性は、当該貨物の所有者が敵人であるか中立人であるかにより決定される⁽²⁴⁾（この点について国家実行は一致していた）。しかし、所有者（つまり人）の敵性が何によって決まるかについては、国籍を基準とする主義（フランス主義：das Nationalitätsprinzip）と住所地を基準とする主義（英国主義：das Do-

minziprinzip)とが対立していたために、貨物の敵性決定基準については、結果として統一的な国家実行が存在しない状況にあった。⁽²⁶⁾ また、船舶の敵性・中立性についても、もっぱらその船舶が掲揚する権利を有する国旗、つまり船舶の国籍により決定する主義(フランス主義: das Flaggenprinzip)と、敵国の国旗を掲げていれば所有者のいかんを問わず船舶の敵性を肯定するが、中立国の国旗を掲げている船舶であっても、その所有者が敵人であれば船舶の敵性を肯定する主義(英国主義: das Flaggenprinzip と das Eigentumsprinzip の併用)とが対立していた。⁽²⁷⁾ (なお、海上捕獲の分野では、「敵国船」、「敵国民」、「中立国船」、「中立国民」といった言葉ではなく、「敵船(enemy ships)」、「敵人(enemies; enemy persons)」、「中立船(neutral ships)」、「中立人(neutrals; neutral persons)」といった言葉を用いるが、それは、船舶や人の敵性・中立性について、国籍以外の基準が用いられる場合があるためである。)

こうした状況において、一九〇九年ロンドン宣言は、貨物の敵性について、「敵船内の貨物の中立性または敵性は、その貨物の所有者の中立性または敵性により決定される」(第五八条)と規定したが、肝心の所有者(つまり人)の敵性については、諸国の立場の相違を解消することができず、結局何の規定も置かなかった。他方、船舶の敵性については、「国旗の移転⁽²⁸⁾に関する規定を除き、船舶の中立性または敵性は、その船舶が掲揚する権利を有する国旗により決定する」(第五七条一項)⁽²⁹⁾と定め、フランス主義を採用した。

以上のように、船舶および貨物の敵性決定基準については、国家実行が分裂しており、ロンドン宣言も人の敵性決定基準については何も規定しなかったので、貨物の敵性も結局はロンドン宣言の規定によつては確定できないことになる。また、ロンドン宣言は、船舶の敵性についてはフランス主義を採用したが、ロンドン宣言は未発効条約であるから、この問題に関する実定国際法の規則は、慣習国際法の中に見いだすほかない。しかし、前述した通り

ロンドン宣言前の国家実行は分裂しており、また、ロンドン宣言後の国家実行が一つの方向に収斂していったかどうかも定かではない。⁽³⁰⁾さらに、歴史的に見ると、船舶や貨物の敵性に関する英国主義とフランス主義との対立の構図は、一九世紀の間に固まったものであり、この問題について一八世紀以前の国家実行がどのようなようになっていたのかは、従来の研究においても十分明らかにされてはいない。⁽³¹⁾

このように、「敵船」および「敵貨」の範囲は、歴史的に見ても、二〇世紀初頭の時点だけを取り出して見ても、不確定であったと言わざるを得ない。しかし、諸国が何らかの基準によって「敵船」と「敵貨」の範囲を決定し、その「敵船」や「敵貨」を捕獲していたことは確かである。本稿は、敵性決定基準それ自体を検討することを目的とするものではないので、とりあえず、「敵船」および「敵貨」の範囲の決定基準の問題は括弧に入れ、「敵船」および「敵貨」の範囲が何らかの基準により決定されていたことを前提とする。

2 敵船上の中立貨および中立船上の敵貨の扱い

1で述べた「敵船」および「敵貨」の範囲の問題のほか、敵船上の中立貨および中立船上の敵貨が捕獲の対象となるか（没収できるか）についても、長年にわたり国家実行の対立があった。⁽³²⁾この問題については、①貨物の敵性・中立性を基準とする主義（敵船上の中立貨は没収せず、中立船上の敵貨は没収する主義）、②船舶の敵性・中立性を基準とする主義（敵船上の中立貨は没収し、中立船上の敵貨は没収しない主義）、③貨物の敵性・中立性を基準とする主義と船舶の敵性・中立性を基準とする主義を、中立国にとって不利な形で組み合わせる主義（敵船上の中立貨は船舶の敵性を根拠に没収し、中立船上の敵貨は貨物の敵性を根拠に没収する主義）、④貨物の敵性・中立性を基準とする主義と船舶の敵性・中立性を基準とする主義を、中立国にとって有利な形で組み合わせる主義

(敵船上の中立貨は貨物の中立性を根拠に没収せず、中立船上の敵貨は船舶の中立性を根拠に没収しない主義)の四つの立場があり得る。①は、一三世紀末から一四世紀半ば頃にバルセロナで編纂されたとされるコンソラート・デル・マール(Consolat der mare)⁽³³⁾第二十六章が採用していた主義であることから、「コンソラート・デル・マール主義」と呼ばれる。②は、敵貨であっても中立船内にあれば没収を免れ(「自由船は自由貨を作る」(Free ships make free goods))、逆に中立貨であっても敵船内にあれば没収されることから、「自由船・自由貨(free ships, free goods)」(「敵船・敵貨(enemy ships, enemy goods)」主義と呼ばれる。③の主義は、敵船上の中立貨については敵船・敵貨主義を、中立船上の敵貨についてはコンソラート・デル・マール主義を採用するものである(敵貨を輸送する中立船は没収しない)が、これをさらに進めて、敵貨を輸送していることを根拠に中立船まで没収するという形で運用されたこともある。その場合、敵貨を輸送することにより中立船が敵性に「感染する」と説明されたことから、この立場は「敵性感染主義(infection hostile)」と呼ばれる。

一六世紀までの時期に諸国が一般に採用していたのは①の主義であったが、一七世紀になると、当時のヨーロッパにおいて海運業の大部分を独占していたオランダの主導により、②の主義を規定する二国間条約が多数締結されるようになった。しかし、英国や米国などは、②の主義はあくまでも条約上の規則であり、一般法としては①の主義が妥当しているとの立場を一九世紀前半に至るまで一貫して維持した。フランスは、一八世紀後半に至るまで、個別条約がある場合を除き、③の主義を採用していたが、一七七八年捕獲規則において②の主義を採用するに至った。中立国にとつてもっとも有利な組み合わせである④の主義は、一七八〇年の第一次武装中立同盟および一八〇〇年の第二次武装中立同盟において主張され、一八五六年のパリ宣言で採用されるに至った。⁽³⁴⁾パリ宣言の当事国数は五一(一九世紀中に加入したのが四九カ国、二〇世紀初頭になって加入したのがメキシコおよびスペインの二カ

国⁽³⁵⁾であり、パリ宣言に加入しなかった主要国の一つである米国も、一八九八年の米西戦争において、「国際法の確立した規則」としてのパリ宣言第二、第三および第四規則に従う旨を表明した。⁽³⁶⁾このように、中立船上の敵貨および敵船上の中立貨の扱いについてパリ宣言が規定した原則は、一九世紀後半において、諸国によって一般国際法として受け入れられていたのである。

以上のように、敵船・敵貨捕獲の対象となるものの範囲については、歴史的にさまざまな主義の変遷があり、また、二〇世紀初頭に至っても国家実行がなお分裂していた部分もあった。しかし、一定の範囲の船舶および貨物が、敵船または敵貨であるというだけの理由によりすべて拿捕・没収の対象となっていたこと——つまり敵船・敵貨の捕獲という制度が存在したこと——は明らかである。以下では、交戦国がそれら一定の範囲の船舶および貨物をすべて拿捕・没収できたのはなぜか（敵船・敵貨捕獲の正当化根拠）について、一八世紀以前の時期（二）と一九世紀以降の時期（三）とに分けて検討する。二つの時期に分けて検討するのは、戦争の法的性質や機能の捉え方について、一九世紀以降とそれ以前との間にかなり根本的な変化があったためである。

二 一八世紀以前の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

1 権利執行手段としての戦争

概ね中世から一八世紀頃までの学説・国家実行において、戦争は、権利の執行手段と考えられていた。このことは、先行研究において既に指摘されていることであり、例えばネフは、「……法の執行活動（a law-enforcement operation）」としての戦争という観念は、もっとも広い意味での正戦論の考え方の本質であった。この観念は、中

世ヨーロッパにおいて非常に強固に存在していた。この観念から生ずる帰結は様々であり、かつ、重要であった。その一つは、正当戦争は決闘やスポーツ競技のような法的または道徳的な同等者 (legal or moral equals) 間の闘争とは見なされなかった、ということであった。そうではなく、あらゆる武力紛争は、正しい側と悪い側、犯罪と刑罰、または (法律家に言わせれば) 違法行為と制裁の問題だったのである」(37)。同様に、レサファー (Randall Lesaffer) も、「中世後期の観念において、戦争は、法の執行手段 (an instrument of law enforcement)、すなわち主権者が、その権利を侵害したと考える敵に対して正当かつ合法的請求を執行するための、法的訴訟の代替物と考えられていた」と述べている⁽³⁸⁾。

戦争が権利の執行手段であったということの意味をもう少し敷衍して説明すると、次のようになる。すなわち、一八世紀以前の国際法学説における戦争論は、正戦論 (the doctrine of just war, *bellum justum*) であった⁽³⁹⁾。正戦論とは、戦争を正当なものとそうでないものとに分ける考え方であり、正戦論によれば、戦争が正当であるための要件の一つとして、戦争の正当原因 (causa *iusta belli*: *justes causes de la guerre*) の存在が必要とされる。戦争の正当原因が存在するということは、自らに対して「不正 (injuria, *injure*)」が行われることにほかならない。例えばスアレス (Francisco Suárez) は、「この正当かつ十分な原因とは、「戦争以外の」他の手段では回復され、または賠償され得ない重大な不正が行われることである」と述べ⁽⁴⁰⁾、グロティウス (Hugo Grotius) は、「戦争の正当原因は、我々が受けた不正以外にはあり得ない」と述べる⁽⁴¹⁾。一八世紀の学説では、例えばヴォルフ (Christian Wolff) が、「国家間における戦争の正当原因は、既に行われたか、または行われようとしている不正以外にはない」と述べ⁽⁴²⁾、ヴァッテル (Emer de Vattel) は、「あらゆる正当戦争の根拠ないし原因は、既に行われたか、または行われるおそれのある不正である」と述べる⁽⁴³⁾。

そして、正戦論において、戦争は、「不正」によってもたらされた侵害に対する救済手段であり、裁判および裁判判決の執行と同様の法的性質を有するものとして捉えられる。⁽⁴⁴⁾ 例えば、伝統的なスコラの正戦論をもっとも精緻に理論化したと評価されるスアレスは、国家間においても「不正」の処罰が必要であるが、それにもかかわらず国家に上位する権威としての裁判制度が存在しないために、国家自らが *jurisdictio* (*potestas jurisdictionis*)⁽⁴⁵⁾ を行使して行うものが戦争であると論じている。⁽⁴⁶⁾ グロティウスも、『戦争と平和の法』において、「戦争が生ずる源 (*fontes*) は、裁判が生ずる源と同じ数だけ存在することは明らかである。なぜなら、裁判が尽きるところで、戦争が始まるからである (*ubi judicium deficit incipit bellum*)」⁽⁴⁷⁾ と述べて、やはり戦争を裁判と同じ性質を有するものとして捉え、同書の第二巻第二章（第十九章では、「戦争が生ずる源」、つまり戦争による回復の対象となる権利の具体的内容を論じている。戦争が裁判と同様の法的性質を有するということは、正当戦争を行う国（者）が、自ら裁判官および執行官となつてスアレスの言う *jurisdictio* を行使し、侵害されている権利を回復することである。⁽⁴⁸⁾

戦争が権利の執行手段であるとする観念は、当時の国家実行においても存在していたと考えられる。もちろん、当時の国家実行における戦争の法的性質を明らかにすることは、容易なことではない。しかし、西洋法制史分野における研究成果に基づいて、次のように考えることができる。すなわち、中世ヨーロッパの戦争は、フェーデ (*Fehde; faide; feud*) の性質を有していた。フェーデとは、「中世ヨーロッパにおいて武装能力ある騎士的男性相互あるいは彼らと団体、主に君主、貴族、都市との間で行われた戦争行為である」⁽⁴⁹⁾ り、中世ヨーロッパにおいて戦争とフェーデの区別は存在しなかった。⁽⁵⁰⁾ つまり、「君主が行う戦争は大きなフェーデにほかならず、領主が行う小さな戦争も、ある種の『公共性』 (*un élément de «publicité»*) を帯びていたのである」⁽⁵¹⁾。それは、「中世においては、

近代の意味での主権国家も国際社会も存在しなかったからである⁽⁵²⁾。フェーデは、そうした分権的社会における、「自らの権利のための戦い (a fight for one's rights)」であり、「侵害を受けたと考える君主、貴族、都市およびその他の者が侵害について救済を得られないときに開始された⁽⁵³⁾」。フェーデは、無制限に許容される暴力行為ではなく、あくまでも「確固とした（近代的な）公権力が存在せずに、自らの利益は自らの力で守らねばならない社会」における、侵害された権利の回復手段であったから、それが合法とされるためには、正当原因の存在が必要であった。この点について、オットー・ブルナー（Otto Brunner）は、「合法なフェーデを行うための第一の、そして根本的な前提条件は、正当根拠の存在（das Vorhandensein eines rechtlichen Grundes）である。フェーデ、すなわち敵対関係は、権利のための闘争（Kampf ums Recht）であり、その目的は、報復、すなわち侵害された権利の回復（Wiedergutmachung des gekränkten Rechtes）である。そのような根拠が存在しない場合のフェーデは、合法なフェーデではなく、違法で、『邪悪な』フェーデ、あるいは『掠奪』、『不正戦争』、『横暴』である」と述べている⁽⁵⁵⁾。

戦争を侵害された権利の回復・執行手段と捉え、戦争に訴える前提として正当原因ないし正当根拠を要求するこの考え方は、正戦論とよく似ている。ハーゲンマッハー（Peter Hagenmacher）は、そのことを指摘して、「中世ヨーロッパにおける」あらゆる形態の紛争は、実際には地域によってかなりの程度の差はあったが、それでも唯一の、そして同一の現実、すなわち *guerra*、つまり封建的フェーデ（la faide féodale）から生じていた。これが、初期の正戦理論家たちの目の前にあったものだ⁽⁵⁶⁾」と述べている。つまり、正戦論は、当時の戦争（フェーデ）の慣行を踏まえつつ構築されたものであって、フェーデと正戦論は、侵害された権利の回復手段と観念された点において、共通していたのである。

2 捕獲による権利の実現：「法上弁済」の法理

戦争を、権利を侵害した国（者）に対して権利を有する側の国（者）が行う権利の回復手段と捉える当時の学説・国家実行において、後者の国（者）は、侵害された権利に相当する分の物を敵から奪ってその所有権を取得し、それによって侵害された権利を回復できるものと考えられた。例えば、ヴィトリア（Francisco de Vitoria）は、「正当戦争において捕獲されたすべての物が、不正に奪われたものや、「戦争に要した」費用の十分な賠償の分まで、それを占有する者のものとなることは、疑う余地のないことである。それは、戦争の目的なのであるから、証明を要しないことである」と述べている。⁵⁷ グロティウスは、『戦争と平和の法』第三卷第六章において、「自然法によれば、正当戦争によって我々は、我々に対する債務であるが他の方法では「戦争による以外は」得ることのできない分に相当するもの、または、加害者に対して刑罰の公平な範囲内で損害をもたらすものを取得する（*acquiruntur*）」と述べている。⁵⁸ プーフエンドルフ（Samuel Pufendorf）は、一六八八年の『自然法および国際法八卷』第八卷第六章において、「自然法および良心によれば、正戦において、人は、敵が所有している物のうち、自らが債権を有しているところの物またはそれに相当する物、敵が支払いを拒否したために戦争が起こったところのもの、ならびに彼が實力によって権利を回復するために要した費用を満たす物を取得することが許される」と述べている。⁵⁹ 一八世紀に入っても、例えばヴォルフは、一七六四年（初版は一七四九年）の『科学的方法により考察された国際法論』第八四九節において、「正当戦争においては、債権——これには、刑罰もまた含まれる——や戦争遂行にかかる費用を回収し、または敵の行動能力（*vires agentis*）を減殺するために、敵のいかなる動産をも捕獲する（*capere*）ことが許される」と述べている。⁶⁰ ヴァッテルも、一七五八年の『国際法』第三卷第一三章第一九三節において、「敵を弱体化させるために（第一六〇節）、また、場合によっては敵を処罰するために（第一六二節）

敵に属する財産を奪う (enlever) ことが許されるならば、正当戦争においては、賠償の一種として (par une es-pèce de Compensation) 敵の財産を取得する (s'appropriier) ことも許される。これを、かの法律学者たちは『法上弁済』(expletio juris) と呼ぶ (第一六一節) と述べている。⁽⁶¹⁾

こうした観念は、当時の戦争の慣行、すなわちフェーデの慣行にも内在していたと考えられる。この点について、レードリッヒ (Fritz Redlich) は、次のように述べている。「フェーデの場合において、フェーデ当事者の直接の臣民、臣下および援助者は、相互に敵となった。個々のフェーデの究極的な問題が何であれ、こうした意味での敵に対して最大限の損害を課すことは、フェーデの直接の目的であった。掠奪 (looting) は武器であり、掠奪の結果である捕獲物 (booty) は、中世から少なくとも一七〇〇年までの間において、二つの目的のために使われた。それは第一に、フェーデ (後の時代にあつては戦争) を宣言する対象となる者によってなされたと考えられる侵害の賠償に充てること (exactng reparation for wrong) であり、第二に、フェーデを行う貴族 (後の時代にあつては戦争を行う君主) が必要とする援助者、すなわち傭兵を集めることであつた」⁽⁶²⁾。レードリッヒが指摘する捕獲の二つの目的のうち、第一の目的が、捕獲による権利の回復・実現に相当する。

なお、レードリッヒが指摘する第二の目的、すなわち捕獲物によって「傭兵を集める」機能は、当時の慣行上、重要な位置を占めていた。この点について、山内進は、次のように述べている。「兵士は、自前で殆どすべてのものを揃え、共に行軍した家族を養わねばならなかった。酒保商人はそのためになくてはならない存在だった。兵士は給与で彼らから必要なものを買ひ、生活した。しかし、給与は決して十分なものではなく、しばしばまったく払われないことさえあつた。そのとき、彼らは当然のように『叛乱』を起こし、掠奪し、捕獲し、戦利品を売り、その利益を自分のものとした。これは極めてひんぱんに発生したが、そもそも傭兵の雇主＝君主は最初から掠奪によ

る補足を見込んで給与の額を設定したという。『軍事革命』の最初の担い手であるオランダの傭兵隊の規律が比較的厳正に維持され得たのは、兵士に規則正しく相当程度の給与が支払われたからである。掠奪は、軍隊の国家化が完成する以前においては、（酒保）商人を仲立ちとして、軍の存在のうちに、いわば構造化されていたのである⁽⁶³⁾。当時の学説においてもこうした現実をよく認識されており、そのため、学説では、捕獲物の分配問題（捕獲物を君主、軍指揮官、兵士といった者の間でどのような割合で分配するか）が重要な論点となっていたのである⁽⁶⁴⁾。

以上のように、一八世紀までの学説・国家実行において、正当戦争（または正当なフェーデ）を行う国（者）には、侵害された権利に相当する物を敵から奪い、その所有権を取得することによって、権利を回復・実現する権能が認められていた。この権能は、先に引用したヴァッテルが明確に述べているように（注（61）を付けた本文を参照）、「法上弁済（*expleto juris*）」の法理に基づくものであったと考えられる。法上弁済とは、グロティウスによれば、自らの所有物を他人が保持して返還しない場合、または自らに対する債務が履行されない場合に、「私の物を保持している者または私に対し債務を負っている者から、〔所有物または債権と〕ちょうど同じ価値のある他の何かを受領する（*accipio*）」ことであり、グロティウスは、自然法的作用による所有権の承継取得の一つとしてこれを挙げる⁽⁶⁵⁾。グロティウスによれば、国家法では、実力による自らの権利の回復は禁じられているから、法上弁済の法理は、一定期間裁判所が機能停止する場合（*judicia continue cessant*）にのみ妥当する⁽⁶⁶⁾。しかし、国際社会は、裁判所が恒常的に機能停止している（そもそも存在しない）社会であるから、法上弁済の法理が常に妥当するのである⁽⁶⁷⁾。法上弁済の法理に基づき捕獲できる財産は、海上財産に限られず、陸上財産も含まれた。捕獲に関する当時の学説・国家実行上、陸上財産と海上財産は特に区別されず、両者の違いは、例えばグロティウスが、敵人以外の者（つまり中立人）が所有する物であって敵国領土内にあるものの扱いと、敵人以外の者が所有する物（つまり中立

貨）であつて敵船上にあるものの扱いとを分けて検討している点⁽⁶⁸⁾——ただし、結論的には、いずれの場合も物の所在地ではなく、所有権が敵人に属するか否かで捕獲の可否が決まるので、陸上財産も海上財産も同一の原理に服していることになる——や、捕獲物の分配に関する慣行が陸と海とで異なると指摘している点⁽⁶⁹⁾に現れるくらいである。後述するように、陸上私有財産が捕獲の対象とされなくなる（他方、海上私有財産はなお捕獲の対象のままとされる）のは、一八世紀末ないし一九世紀初頭頃のことであり、それより前の時代には、陸上財産も海上財産も、同じように捕獲の対象となっていたのである。

法上弁済の法理に基づき捕獲できる財産の範囲は、敵によつて侵害された権利に相当する物であるが、それに加え、戦争遂行に要した費用の回収も含まれるものとされた。正当戦争（正当なフェーデ）を行う国（者）が戦争という費用のかかる行為に訴えざるを得なかった原因と責任は、不正を行った国（者）にあるのだから、その費用は、後者の国（者）が負担しなければならないという趣旨である。この点は、前記のヴィトリア、プーフエンドルフ、ヴォルフなどの引用文中に現れているが、ヴォルフは、別の箇所より明確に、「また、正当戦争を行う者は、自然に基づき、戦争において要した費用の支払いを受けることができる。正当戦争を行う者は、武力によるのでなければ権利を実現できないからこそ敵に対して力を行使して権利を追及しているのだから、他方の側、つまり不正戦争を行っている側は、戦争遂行に要した費用を支払わなければならない⁽⁷¹⁾」と述べている。

なお、ヴォルフやヴァッテルなど一八世紀の学説においては、「取立金（contribuciones militares; contribution）」の制度——ヴォルフやヴァッテルが言うところの「取立金」には、金銭の取立だけでなく、軍の給養に必要な物品の取立て、つまり後の時代の陸戦法規における現品徴発を含んでいた⁽⁷²⁾——は、戦争遂行の費用を敵人に負担させるための制度として説明されていた。取立金や徴発は、もともと、三十年戦争中に、都市などが敵軍に

金銭を支払い、または軍に必要な物品を提供する代わりに掠奪と放火を免れた実行（免焼金（Brandschatzung）支払いの実行）に由来する。⁽⁷³⁾ この実行は、もともとは、交戦国軍隊が有している掠奪権を、住民が金銭により買い取るものと捉えられたが、ヴォルフやヴァッテルは、これを、正当戦争を行う国が戦争遂行の費用を取り立てるための制度として、再構成したのである。

以上のように、法上弁済の法理により正当化が可能な捕獲の範囲は、侵害された権利および戦争遂行に要した費用に相当するものである。このことは、原理的には、少なくとも次の三つのことを意味する。第一に、不正戦争を行う国は、そもそも敵に属する物を捕獲することはできない。第二に、正当戦争を行う国であっても、侵害された権利および戦争遂行に要した費用の限度を超えて物を取得することはできず、その限度を超えて捕獲した物は、所有者に返還しなければならない。第三に、敵に属しない物は、捕獲できない。

後述するように（二４）、第一および第二の原理は、一八世紀以前の学説においても必ずしも厳格に貫かれておらず、かなり大幅な修正を受けていたのであるが、第三の原理は、学説上も国家実行上も厳格に維持されていた。例えば、グロティウスは、「敵のものではない物は、仮に敵国内にある場合であっても（*est apud hostes repertum*）、捕獲者のものとなることはない。なぜなら、そうすること「敵のものではない物を捕獲すること」は、自然法に合致しないし、ユース・ゲンティウムにも導入されていないことだからである（*nec jure gentium introductum est*）」と述べている。⁽⁷⁴⁾ 後述するように（二４）、グロティウスは、「敵から奪い取った物」のユース・ゲンティウム（*jus gentium*）における扱いについて、自然法上の扱いと異なり、「ユース・ゲンティウムにおいては、正当原因のために戦争を行う者だけでなく、正式戦争におけるいかなる者もまた、いかなる限界も抑制もなく（*sine fine modoque*）、敵から奪い取ったものの所有者となる」と述べ、前記の第一および第二の原理を大幅に修

正するのであるが、「敵のものではない物」については、ユース・ゲンティウムにおいてさえ、交戦国による捕獲の対象とならないのである（グロティウスにおける「ユース・ゲンティウム」の概念については後述する）。国家実行上も、敵に属しない物を捕獲できないという原則は、少なくとも海上捕獲の分野では、かなり古くから確立していた。例えば、一三五一年にイングランドとカステイリヤ王国が締結した条約や、一三五三年にイングランドとポルトガルが締結した条約において、一方締約国の臣民が敵船を拿捕し、同船上に他方締約国臣民に属する貨物を発見した場合、当該貨物はその所有者に返還される旨が規定されていた。⁽⁷⁶⁾ また、敵船以外の船舶が敵貨を輸送する場合に、敵貨のみを没収し、船舶自体は没収せずに船舶所有者に返還すること、そして、同船が敵貨を目的地まで輸送したならば得たであろう運賃を船長に支払う旨の命令が、一三四六年、一三七五年および一三七八年にイングランド国王によって発せられた例がある。⁽⁷⁷⁾ さらに、一三世紀末～一四世紀半ば頃にバルセロナで編纂されたとされるコンソラート・デル・マールは、第二十六章において、「敵 (enemichs)」に属する船舶および貨物が捕獲されることを規定する一方、「友 (amichs)」に属する船舶および貨物は捕獲されない旨を規定していた。⁽⁷⁸⁾ コンソラート・デル・マール第二十六章に規定された原則、すなわち、海上捕獲の対象を敵船および敵貨（敵船で輸送されるものと中立船で輸送されるものの両方を含む）に限定し、中立船および中立貨を捕獲しないという原則は、當時のヨーロッパにおいて一般的に受容されていたと言われる。⁽⁷⁹⁾

敵船および敵貨以外の物を捕獲しないのは、それらを捕獲する根拠がないという原理的な理由のほかに、政治的な背景も存在したと言われる。例えばガーディナー (D. A. Gardiner) は、一九三二年の論文において、敵に属しない船舶や貨物を捕獲しないという規則が「一三七八年より少し前のいずれかの時点」で確立したと述べ、そうした規則が確立した背景として、復仇制度を挙げている。⁽⁸⁰⁾ すなわち、「中立人が」敵と交通しているというだけの理

由」で中立船や中立貨を海上捕獲してそれらを返還しない場合、当該中立人は君主から復仇免状を得て復仇に訴えることがしばしばあり、この復仇に対してさらに復仇で応じれば（counter-reprisals）、両国間の戦争に発展する恐れがある。戦争になれば、両国間の通商は完全に断絶されることになるから、交戦国としてもそうした事態はできるだけ避けたいと考える。そのために、中立船と中立貨については、海上捕獲の対象から除外する実行が生じたというのである。マルスデン（R. G. Marsden）も、一四世紀当時の海上捕獲について述べる文脈で、「敵貨を輸送する友の船舶（a friend's ship）を没収する」とは、政治的理由から得策ではなく（inexpedient）ことがすぐに明らかになった」と述べる⁽⁸¹⁾。いかなる意味で「得策ではない」のか、マルスデンは何も述べていないが、おそらくその趣旨は、ガーディナーと同じく、中立船や中立貨の捕獲が、中立国からの復仇を招き、それが最終的には戦争に発展する事態を回避する必要があったとの指摘であろうと思われる。

（1）海上捕獲法において「敵船」とか「中立船」と言うときの船舶は、主として私船を意味する。公船のうち、敵軍艦は、攻撃の対象となるほか、戦利品（booty, butin, Beute）として拿捕・没収の対象となる。敵軍艦および敵軍艦内の敵貨は、拿捕または押収によって直ちに没収の効果が生ずる点で、捕獲審検所の検定によってはじめて没収の効果が生ずる私船およびその貨物の海上捕獲とは区別される。敵公船のうち軍艦以外のものの戦争法上の地位は明らかでない部分が多いが、立作太郎が次のように述べている。「軍艦以外の公船の戦時国際法上の地位は明確に定まれないと言いださるも、公船中、軍用に関係なきものにつき、攻撃に関して全然軍艦と同視すべからざることが認められんとするに至った。但し拿捕の結果に関しては概して、其の公の行政に係する公船にして商業に従事するものに非ざれば、之を軍艦同様に扱ひ、捕獲物と為すを要せずして、戦利品と為すを得ると認めらるるに至つた（ドイツ千九百三十九年の捕獲審検令第三条参照）。立作太郎『戦時国際法論』（日本評論社、一九四四年）三〇一頁。つまり、非商業目的に使用される公船は、攻撃の対象にはならないが、戦利品として拿捕・没収の対象にはなり、海上捕獲法は適用されないことである。他方、公船のうち、商業目的に使用されるものについては、私船と同様に海上捕獲法の適用対象になるとする国家実行がある一方、それ

と反対の実行もあったようである。以上について、Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés* (Paris: Editions A. Pedone, 1983, pp. 287-290)をも参照。

(2) 拿捕 (seizure, capture, saisie, Beschlagnahme, Aufbringung) とは、船舶および／またはその貨物を没収する事由の存在することが明らかとなった場合、または没収事由に該当する嫌疑があるために自国港でさらに検査を行う必要がある場合において、交戦国の軍艦が当該船舶、貨物および乗員をその支配下に置くことをいう。拿捕は、軍艦から若干の士官(捕獲班)を派遣して指揮に服させることにより行われる。天候の不良またはその他の事故のため士官を派遣することが困難な場合には、軍艦の命令に従い進航させることもできる。立・前掲注(1)六九一―六九三頁・高野雄一『国際法概論』全訂新版、下巻(弘文堂、一九八六年)五〇六頁。

(3) 捕獲審検所 (prize court, cour des prises; tribunal de prises; Prisengericht) とは、拿捕した船舶およびその貨物の没収の可否や拿捕の合法性等を検定する交戦国の国内機関である。どのような機関が捕獲審検を行うか(司法機関か行政機関か、常設の機関かどうか等)は、国によって異なる。例えば英国や米国などでは、平時から存在し、かつ、捕獲審検以外の事項についても管轄権を有する常設の裁判所が捕獲審検を行った。英国では、「海事高等裁判所 (High Court of Admiralty)」が第一審の捕獲審検を行い、「枢密院司法委員会 (Judicial Committee of the Privy Council)」が第二審(終審)の捕獲審検を行った(なお、海事高等裁判所は、一八七三年と一八七五年の最高法院法(Supreme Court of Judicature Acts 1873 & 1875)により他の裁判所とともに高等法院(High Court)に統合され、従来海事高等裁判所が有していた管轄権は、高等法院の一部である「検認・離婚・海事部 (Probate, Divorce and Admiralty Division)」に移された)。米国では、連邦の地方裁判所(district court)が第一審の捕獲審検を、連邦の最高裁判所(Supreme Court)が第二審(終審)の捕獲審検を行った。他方、常設の機関ではなく、戦時において特別に設置される機関が捕獲審検を行う国もあり、例えば日本はこのタイプの国であった。日本は、一八九四年の「捕獲審検令」(明治二十七年勅令第一四九号)により、第一審の捕獲審検管轄権を「捕獲審検所」が、第二審の管轄権を「高等捕獲審検所」が行使するものと定めた(第一条)。捕獲審検所および高等捕獲審検所は、開戦の都度、勅令により設置されるものとされ(第九条)、例えば日露戦争や第二次大戦の際には、捕獲審検所が横須賀および佐世保の二カ所に、高等捕獲審検所が東京に設置された。日清戦争や第一次大戦の際には、捕獲審検所が佐世保の一カ所にのみ設置され、高等捕獲審検所が東京に設置された。捕獲審検所は、一名

の長官（控訴院の判事）および六名の評定官（そのうち一名は海軍将校、二名は判事、一名は主理、一名は法制局参事官、一名は外務省参事官または書記官）によって構成するものとされた（第二条）。高等捕獲審検所は、一名の長官（枢密院顧問官）および八名の評定官（そのうち一名は枢密院顧問官、二名は海軍将官、三名は大審院判事、一名は法制局長官、一名は外務省政務局長）によって構成するものとされた（第三条）。なお、捕獲審検令は、一九四六年の「捕獲審検令等廃止ノ件」（昭和二十二年五月四日勅令第二六一号）により廃止された。各国捕獲審検所の概要については、C. John Lombos, *A Treatise on the Law of Prize*, 3rd ed. (London: Longmans, 1949), pp. 1-66; Rousseau, *supra* note 1, pp. 322-353; 信夫淳平『戦時国際法講義』第三卷（丸善、一九四一年）一四一八—一四六九頁を参照。

(4) 捕獲審検所が船舶または貨物の没収を検定することを condemnation, condemnation, Kondemnierung とし、海上捕獲法において、没収 (confiscation, appropriation, Einziehung, Konfiskation) の効果は、捕獲審検所の検定によって始めて生ずるものとされ、交戦国が船舶またはその貨物を没収して所有権を取得するためには、必ず捕獲審検所による審検と検定を経ることを要するものとされた（“Toute prise doit être jugée” の原則）。この原則に関する研究として、Paul Reuter, *Étude de la règle: "Toute prise doit être jugée"* (Paris: Les Éditions internationales, 1933); Luigi Sico, “Toute prise doit être jugée”: Il giudizio delle prede nel diritto internazionale (Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1971), (5) 船舶を敵船と中立船とに分ける基準、および貨物を敵貨と中立貨とに分ける基準については、11で述べる。また、12で述べる通り、敵船上の中立貨および中立船上の敵貨の扱いについては長年にわたり国家実行が分れていたが、一八五六年パリ宣言（本稿注（13））は、戦時禁制品に該当する場合などを除き、敵船上の中立貨および中立船上の敵貨を没収できないものと定めた。

(6) 戦時禁制品 (contraband of war, contrebande de guerre, Kriegskonterband) とは、船舶により海上輸送される物品のうち、戦争の用に供され得る性質を有し (susceptible of belligerent use) かつ、敵性仕向地 (hostile destination) を有するもの（典型的には、武器や弾薬などが敵国の港に向かって輸送される場合）を指す。交戦国は、戦時禁制品を輸送する船舶を海上（中立国領水を除く）で拿捕し、捕獲審検所の審検・検定を経て、戦時禁制品たる貨物を没収することができる。戦時禁制品輸送船および同船上の戦時禁制品以外の貨物（非禁制品貨物）をどのような場合に没収できるかについては国家実行が分かれ、英国は、①戦時禁制品たる貨物と同一所有者に属する輸送船および非禁制品貨物、②虚

偽の書類をもって航海する戦時禁制品輸送船および同船上の非禁制品貨物、ならびに③船舶の所屬国と捕獲国との間の条約において戦時禁制品と明記された物品を輸送する船舶および同船上の非禁制品貨物を没収した(英國主義)。他方、フランスは、一七七八年以降、戦時禁制品たる貨物が船内の貨物全体の価額の四分の三以上を占める場合には、戦時禁制品輸送船および同船上の非禁制品貨物を没収した(フランス主義)。以上については、立・前掲注(一)五七〇―六〇〇頁、田岡良一『国際法学大綱』下巻(巖松堂書店、一九三九年)三四〇―三五九頁・信夫・前掲注(三)八五八―一〇八三頁を参照。

(7) 封鎖(blockade; blocus; Blockade)とは、交戦国が敵地(敵国領土または敵軍が占領する場所)の沿岸海域に艦隊を配置して封鎖線を張り、その線を越えて敵地と交通する船舶を拿捕することによって、敵地と外海との交通を遮断する行為である。交戦国は、封鎖を侵破する(breach a blockade)船舶を拿捕し、捕獲審検所の審検・検定を経て、封鎖侵破船およびその貨物のうち一定のものを没収することができる。封鎖侵破船が拿捕・没収の対象となることについて国家実行は一致していたが、封鎖侵破船の貨物をどのような場合に没収できるかについては、これを常に没収するフランス主義と、①船舶と同一所有者に属する貨物、②戦時禁制品たる貨物、および③所有者が船積みの際に船舶が封鎖港に向かうことを知らなかったことを証明できない場合の貨物を没収する英國主義とが対立した。ただし、これら二つの主義の相違は、封鎖侵破船の貨物のうち、貨物の所有者が封鎖侵破の意図を知らなかったことを証明した場合にその貨物を没収するかどうかだけであり、国家実行が分裂していた程度は、海上捕獲法の中では小さい方であった。ロンドン宣言二条は、「封鎖を侵破したと認められる船舶は、これを没収する。その貨物も同様に没収する。ただし、貨物が船積みされた時点において荷積人が封鎖侵破の意図を知らなかったか、または知り得なかったことが証明される場合は、その限りではない」と規定し、英國主義に近い立場を採用した。以上については、立・前掲注(一)六三三頁・田岡・前掲注(6)三一九―三二〇頁・信夫・前掲注(3)八三五―八三六頁・Charles Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines* (Paris: A. Pedone, 1899), pp. 232-233を参照。

(8) 非中立的役務(uneutral service; Neutralitätswidrige Unterstützung)とは、敵国のためにする一定カテゴリーの人員および信書の輸送(carriage of persons and despatches for the enemy)のことである。どのような人または信書の輸送が非中立的役務を構成するかについては、国家実行上明確でない部分が多かったが、例えばオッペンハイム(L. Op-

penheim) によれば、人については、①軍隊構成員であって、戦闘に加わるため戦地に向かうものまたは戦地から戻るもの、②軍隊構成員ではないが目的地において軍隊構成員となるもの、③軍隊構成員ではないが重要な地位 (a prominent position) にあり捕えられれば捕虜となるもの (国家元首、閣僚等) や、目的地において武器・弾薬の購入などに従事する代理人として派遣される者がそれに該当するという。オッペンハイムによれば、信書については、政治的な信書 (political despatches) となり戦争に関係するものを、敵国から、または敵国に向けて輸送する行為が非中立的役務を構成する⁹⁰。L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 2, *War and Neutrality* (London: Longmans, Green, and Co., 1906), pp. 447-448, 451. 非中立役務に従事する船舶は拿捕され、捕獲審検所の検定を経て没収される。また、信書輸送の場合には当該信書が没収され、人の輸送の場合には当該人が捕虜となる。それ以外の貨物の処分については国家実行が分れたが、英国や日本などの慣行では、船舶と同一所有者に属する貨物を没収していた。なお、非中立的役務は、フランス語では「敵対的援助 (assistance hostile)」と呼ぶのが一般的である (一九〇九年ロンドン宣言のフランス語正文もこの言葉を用いる)。また、非中立的役務は、沿革的には戦時禁制品制度の一部であったこと、および禁圧の方法が交戦国による海上捕獲に委ねられている点が似ていることから、一九世紀から二〇世紀初頭まで学説では、「類似禁制品 (analogous of contraband: contrebande par analogie; analoge Kontrebande)」と呼ばれることが多かった (前述のオッペンハイムもこの言葉を用いる)。⁹¹「準禁制品 (quasi-contraband)」、「輸送役務 (service de transport)」、「戦時禁制品人 (contraband persons)」および「戦時禁制品書 (contraband despatches)」などと呼ばれることもあった。非中立的役務に関する様々な呼称については、立・前掲注 (1) 六四六―六四九頁。

(9) 拿捕事由には当たらないものとして、このほかに、例えば船舶書類の投棄・破毀・隠匿がある。船舶書類が投棄、破毀または隠匿される事実は、当該船舶および貨物について没収事由の存在する嫌疑が重大であることを示すもので、臨検・搜索を経ず直ちに当該船舶を拿捕できる。しかし、それはあくまでも嫌疑が重大であることを示すにとどまり、没収事由の存在を証明するものではないから、船舶書類の投棄・破毀・隠匿の事実そのものは没収事由に当たらないとされるのである。この点については、Oppenheim, *supra* note 8, pp. 466-467; 立・前掲注 (1) 六九〇頁。

(10) 「領水」や「領海」に対応する外国語としては様々な語があり (英語では territorial waters, territorial sea, littoral sea, coastal sea, marginal sea, maritime belt など、フランス語では eaux territoriales, mer territoriale, mer littorale,

mer côtière, mer adjacente, mer juridictionnelle など)、『同じ言葉が様々な意味で用いられることもある。例えば、territorial waters や eaux territoriales は、内水だけを意味することあれば、内水と領海の両方を含む意味で用いられることもある。また、territorial sea や mer territoriale は、領海(基線の陸地側の水域を除く)のみを意味することあれば、領海と内水(湾、内海、港など)の両方を含む意味で用いられることもある。横田喜三郎『国際法Ⅱ』新版(有斐閣、一九七二年)二四、二六頁。今日では、国連海洋法条約の影響もあって、基線より海側の沿岸海域を「領海(territorial sea: mer territoriale)」と、基線より陸地側の水域を「内水(internal waters: eaux intérieures)」と呼ぶのが一般的である。しかし、「内水」の語については、河川や湖沼をこれに含めるもの(例: 藤田久一『国際法講義Ⅰ: 国家・国際社会』第二版(東京大学出版会、二〇一〇年)二六〇頁)と、河川や湖沼は領土の一部であって内水には含まれないとするもの(例: 山本章二『国際法』新版(有斐閣、一九九四年)三五二頁)があり、また、「領水」については、そもそもこの語を用いないもの(山本・前掲三五二頁)と、領海と内水の両方を含む意味でこの語を用いるもの(藤田・前掲二六〇頁)とがある。海戦中立条約(“Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime,” Ministère des Affaires Étrangères, *Deuxième conférence internationale de la paix, La Haye 15 juin—18 octobre 1907: Actes et documents*, tome 1 (La Haye: Imprimerie Nationale, 1907), pp. 680-686; 「海戦ノ場合ニ於ケル中立国ノ權利義務ニ関スル条約」『官報』八五六七号号外(明治四五年一月一三日)六六一七二頁)では、「中立国領水(les eaux territoriales d'une Puissance neutre)」および「中立領水(les eaux neutres)」という言葉が用いられている。このように、「領水」や「内水」といった語は様々な意味で用いられるが、いずれにせよ、中立国の領海の外側の限界よりも陸地側の海域・水域で臨検・搜索や拿捕を行ってはならないことに変わりはない。なお、本稿では、引用の場合を除き、国家領域たる海域のうち、基線より海側の海域を「領海」、基線より陸地側の海域を「内水」と呼び、領海と内水を合わせて「領水」と呼ぶ。

(11) 国際法上、害敵手段を行使し得る場所のことを「戦争区域(region of war; région de la guerre)」という。伝統的国际法では、中立国の領土、領水および領空を除くすべての地域およびその上空が戦争区域とされた。Oppenheim, *supra* note 8, p. 80; Rousseau, *supra* note 1, pp. 64-65; 立・前掲注(1)一一一一五頁; 田岡・前掲注(6)二一六—二一七頁。臨検・搜索や拿捕は害敵手段であり、中立国領水内においてこれを行ってはならない。このことは、海戦中立条約第

二条にも規定されている。

(12) 中立国の軍艦は、臨検・搜索を免除される。その根拠は必ずしも明らかではないが、軍艦は戦時禁制品輸送などに従事しないのが普通であることや、軍艦はその本国の主権を体现していることなどが挙げられた。Dupuis, *supra* note 7, pp. 303-304; A. Pearce Higgins, "Le droit de visite et de capture dans la guerre maritime," *Recueil des cours*, tome 11 (1926), p. 104.

(13) "Déclaration réglant divers points de droit maritime, signée par les Plénipotentiaires d'Autriche, de France, de la Grande-Bretagne, de Prusse, de Russie, de Sardaigne et de la Porte Ottomane, à Paris, le 16 avril 1856," *Nouveau recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables*, éd. Charles Samwer, tome 15 (Göttingue: Librairie de Dieterich, 1857), pp. 791-792. 「海上法ノ要義ヲ確定スル為メ西暦千八百五十六年四月十六日巴里公会ニ於テ決定セシ宣言」『官報』一一一六号（明治二〇年三月二十四日）二二九—二三〇頁。

(14) 一九〇七年の第二回ハーグ平和会議で採択された一三の条約 (Conventions) の一、宣言 (Declaration) 及び一、最終決議書 (Acte final) のうち、海上捕獲に関係のあるものは次の通りである。

● 第六条約 : "Convention relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités," Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 644-646. 「開戦ノ際ニ於ケル敵ノ商船取扱ニ関スル条約」『官報』八五六七号号外（明治四五年一月一三日）三五—四〇頁。

● 第一〇条約 : "Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève," Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 658-663. 「『ハエネヴァ』条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」『官報』八五六七号号外（明治四五年一月一三日）五五—六二頁。

● 第一一条約 : "Convention relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime," Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 664-667. 「海戦ニ於ケル捕獲権行使ノ制限ニ関スル条約」『官報』八五六七号号外（明治四五年一月一三日）六一—六六頁。

● 第二一条約 : "Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises," Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 669-678. 「国際捕獲審検所の設立に関する条約」。

なお、第二条約は、署名国三三、批准国〇、加入国一（一九〇九年二月一六日にニカラグアが加入）であり、未発効のままである。

- (15) "Declaration relative au droit de la guerre maritime," *Proceedings of the International Naval Conference, Held in London, December 1908-February 1909*, Cd. 5418, Miscellaneous No. 5 (1909), pp. 381-383. 海上捕獲法に関する国家実行は分裂が著しく、古くから、多くの問題について英国主義と呼ばれる立場（英国のほか、米国や日本などが概ね採用した立場）とフランス主義（フランスのほか、ロシア、ドイツ、イタリアなどが概ね採用した立場）とが対立してきた。海上捕獲に関する一般条約としては、一八五六年のパリ宣言（本稿注（13））があるが、この宣言は、①私掠の廃止、②中立船上の敵貨の非没収、③敵船上の中立貨の非没収、④封鎖の実効性、という四つの原則を定めただけであり、これら以外の問題については、国家実行の分裂した状態がその後も続いた。こうした状況において、海上捕獲法の統一を図るために主要海軍国一〇カ国（ドイツ、米国、オーストリア＝ハンガリー、スペイン、フランス、英国、イタリア、日本、オランダ、ロシア）を集めて開催されたのがロンドン海軍会議（一九〇八年二月～翌年二月）であり、同会議においてロンドン宣言が採択・署名されたが、会議の主催国である英国を含めいずれの国もこれを批准しなかったために、結局発効しなかった。

- (16) 国家間の条約ではなく、民間団体が作成したものであるが、海上捕獲その他の海戦法規について論ずる際にしばしば参照される文書として、イタリアのサンレモにある人道法国際研究所（International Institute of Humanitarian Law）が一九九四年に作成した「海上武力紛争に適用される国際法に関するサンレモ・マニュアル」（以下「サンレモ・マニュアル」という）がある。サンレモ・マニュアルは、一見すると、海戦法規全体を包括的に取り扱うもののように見えるが、主に海軍の現場指揮官が参照することを念頭に作られたものであり、捕獲審検所において問題となる論点については、判断を回避していることが多い。例えば、戦時禁制品を輸送する中立船について、「禁制品の輸送に従事する中立商船またはそれに従事していると合理的に疑われる中立商船は、拿捕の対象となり、一定の条件の下で没収し得る。中立商船が没収される条件は、様々である。いずれにせよ、没収は適切に構成された捕獲審検所の決定に依存する。したがって、船長または船主が貨物が禁制品であることを知っているかどうかや、禁制品が『価格、重量、容積または運賃で計算して貨物の半分以上である』（一九〇九年ロンドン宣言第四〇条）ことを知っているかどうかは、重要ではない」と述べている。

要するに、現場指揮官にとっては、禁制品輸送が中立船の拿捕事由であることが重要なのであって、それが没収の事由になり得るかどうかは捕獲審検所のみに関わる問題であるとして、この問題に関する判断を回避しているのである。International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea: Prepared by International Lawyers and Naval Experts Convened by the IIHL* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 213 (para. 146.3).

(17) 戦後の我が国における海上捕獲法研究の業績としては、例えば次のものがあるが、いずれにおいても、議論の焦点は交戦国船舶の捕獲ではなく、第三国（中立国）の船舶およびその貨物の捕獲が中心に論じられている。真山全「第二次大戦後の武力紛争における第三国船舶の捕獲（二）（一・完）」『法学論叢』第一一八巻一号（一九八五年）六八―九六頁、第一一九巻三号（一九八六年）七五―九四頁・真山全「海上経済戦における中立法規の適用について」『世界法年報』第八号（一九八八年）一七―三一頁・新井京「イラン・イラク戦争における海上経済戦…その国際法上の意味」『京都学園法学』第二・三号（一九九九年）三八七―四三一頁・新井京「国連憲章下における海上経済戦」『グローバル化する世界と法の課題』（東信堂、二〇〇六年）一二七―一五九頁。

(18) Stephen C. Neff, "The Privileges of Violence: In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights," *German Yearbook of International Law*, Vol. 38 (1995), p. 42.

(19) ただし、戦時禁制品捕獲と封鎖の法的性質、制度趣旨ないし正当化根拠については、さまざまな考え方があり、本文に書いたのはあくまでもそうした考え方のうちの一つに過ぎない。この問題については、別稿で論ずる予定である。

(20) 慣習国際法および条約国際法上、次の場合には、敵船または敵貨であっても拿捕および没収の対象とならない（臨検・搜索の対象にはなる）。すなわち、①カーテル船（軍使の座乗する船舶および捕虜交換のために使用される船舶）、②一九〇七年ハーグ第六条約（本稿注〔14〕参照）が適用される船舶（戦争開始の際に交戦国の港内にある敵船等）、③一九〇七年ハーグ第一〇条約（本稿注〔14〕参照）が適用される病院船、④一九〇七年ハーグ第一一条約（本稿注〔14〕参照）が適用される船舶および貨物、すなわち、(i)「郵便信書」（第一条）、(ii)「専ら沿海漁業又ハ地方的小航海二用井ラルル船」（第三条）、(iii)「宗教、学術又ハ博愛ノ任務ヲ帯フル船舶」（第四条）である。このうち、①および④（iii）のカテゴリーに属する船舶の捕獲免除は、慣習国際法上の規則であるとされる（ただし、④（iii）の拿捕・没収免除は、

慣習国際法上は当該船舶が敵国から通航券 (pass) を受けていることを条件とするのに対し、条約国際法上はそれを条件としない)。これに対し、②、③、④ (i) および④ (ii) は、条約上の捕獲権制限に過ぎないとされる。以上については、田岡・前掲注 (6) 三二六—三二八頁。

(21) 一九〇七年ハーグ陸戦規則 (“Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 629–637. 一九〇七年ハーグ第四条約附属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」『官報』八五六七号外 (明治四十五年一月一三日) 二六—二九頁) 第四六条、第四九条、第五二条、第五三條二項など。なお、後述するように (三二)、陸上私有財産非没収の原則が確立したのは一九世紀初頭頃のことであって、一八世紀以前には、敵人の財産は、陸上にある場合も海上にある場合も同様に捕獲の対象となっていた。

(22) ドイツでは、das Prisenecht (海上捕獲法) を das materiale Prisenecht (捕獲実体法) と das formale Prisenecht (捕獲手続法) とに分け、das materiale Prisenecht が、das Seebeuterecht (敵船・敵貨捕獲)・das Kontorbanderecht (戦時禁制品)・das Blockaderecht (封鎖) などの諸制度に分けられる。Georg Schramm, *Das Prisenecht in seiner neuesten Gestalt* (Berlin: E. Siegfried, 1913), S. 28–30.

(23) 海上捕獲法における敵性 (enemy character; caractère ennemi; feindliche Eigenschaft) の問題については、注

(26) に掲げるシドニー H. ブラウン (Sidney H. Brown) の著書『Schramm, oben Anm., S. 120–128; Colombo, *supra* note 3, pp. 67–120; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes and War-Law* (London: Stevens & Sons Limited, 1959), pp. 460–477; 田岡・前掲注 (6) 二九—三二八頁などを参照。なお、敵性の決定基準が問題になるのは海上捕獲法に限られず、例えば対敵取引 (trading with the enemy) の禁止——交戦国が、自国民および自国に在留する外国人に対し、敵人との取引を禁止すること——の場合にも敵性 (自国民および在留外国人に対し取引を禁すべき相手方たる「敵人」の範囲) は問題となる。しかし、敵性の決定基準は、それが問題となる分野ごとに異なり得るのであり、海上捕獲法における敵性の決定基準と、例えば対敵取引の禁止における敵性の決定基準は、同一である必然性はない。この点については Robert W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea* (Washington: United States Government Printing Office, 1957), pp. 84–85.

(24) この場合の所有者とは、拿捕の時点で当該貨物に所有権を有している者のことである。拿捕の時点での所有権の所在が問題だとすれば、それを決定する準拠法はどの国の法であるか（あるいは国際法なのか）とか、敵人が所有権を有する物に対して中立人が担保物権を有する場合にどうなるのかとか、所有権移転の時期（船積み時点と所有権が移転するか、貨物が仕向地に到着したときに所有権が移転するのか）といったことが問題となるが、これらの問題について論じたものはあまり見当たらない。管見の範囲では、これらの問題についてもっと詳しく述べているのは、Stone, *supra* note 23, pp. 468-477 である。

(25) 英国主義における「住所 (domicile)」は、通常の住所（人が固定的な生活の本拠をもち、そこを離れても帰来する意思をもっている場所）（田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九一年）二七二頁）と異なり、海上捕獲法上特別の意味を有する概念である。具体的には、中立国に生活の本拠をもつ場合であっても、敵国において商館、工場、鉱山などを経営する場合には、敵国に住所（産業上の住所 (commercial domicile: trade domicile in war)）を有するものとされ、敵人として扱われた（英国主義は、これと逆のケース、すなわち、敵国に生活の本拠をもつ者が中立国に産業上の住所を有する場合にも、その者の敵性を肯定した）。田岡・前掲注（6）三〇八—三一〇頁。

(26) Sidney H. Brown, *Der neutrale Charakter von Schiff und Ladung im Priserecht* (Zürich: Art. Institut Orell Füssli, 1926), S. 79-82.

(27) *Ibid.* S. 30-35.

(28) 船舶の所有者が、戦争開始前または戦争中に、船舶の国籍を交戦国から中立国に移すことがしばしば行われる。こうした船舶の国籍移転 (transfert de pavillon) の有効性については、戦争開始の直前または戦争開始後に行われたものであっても、移転が善意 (*bona fide*) か（完全に (absolutely)）行われた場合には有効なものと認める英国主義と、戦争開始後の国籍移転は原則としてこれを無効とし、所有者の側から善意（国籍移転が捕獲を免れる目的をもつてなされたものでないこと）を立証しない限り敵船として扱う（戦争開始前の国籍移転については、原則としてそれを有効と認めるが、国籍移転を証明する書類を船内に備えていない場合には敵船として扱う）フランス主義とが対立していた。ロンドン宣言第五十七条一項の前半部分にある「国旗の移転に関する規定」とは、この問題について定めた同宣言第五五条および第五六条のことであり、英国主義とフランス主義とを折衷する内容のものとなっている。以上については、田岡・前掲注（6）

- 三〇一頁・信夫淳平『戦時国際法講義』第一卷（丸善、一九四一年）八七〇—九一三頁・Colombos, *supra* note 3, pp. 105-115.
- (29) ロンドン宣言第五七条二項は、「中立船が平時において禁止されている（*réserve*）航海に従事する場合は、本条の対象外であり、本条の適用を受けないものとする」と規定する。これは、いわゆる「一七五六年規則（the rule of 1756）」が第五七条一項によって影響を受けないことを定めたものである。一七五六年規則とは、一七五六年に英仏間で開戦した七年戦争において、英国の海軍力に圧倒されて自国船舶のみによつては自国と植民地との間の貿易を維持できなくなったフランスが、オランダ船に特許を与え、平時においては自国船舶にのみ許していた貿易（植民地貿易やカポタージュ）に従事させたことに対し、英国がこの種のオランダ船を敵船と見なして捕獲したことに由来する。七年戦争以降も英国により維持されたこの実行は、「一七五六年規則」と呼ばれる。一七五六年規則については、日露戦争中に我が国がこの規則を適用して米国船モンタラ号（*Montara*）を捕獲した例があるが、植民地貿易独占制が一般にとられなくなった一九世紀以降、この規則の適用例はほとんどないといわれる。ただ、一七五六年規則については、学説上も国家実行上もその合法性について争いが多かったために、ロンドン宣言もこれについて明確な規定を置くことを避け、第五七条二項のような規定になったのである。以上については、田岡・前掲注（6）三〇二—三〇三頁・信夫・前掲注（3）六四四—六四六頁。
- (30) 例えば、一九九四年のサンレモ・マニュアルは、パラグラフ一七に付けたコメントリーにおいて、「所有に関して、所有者の敵性を国籍原則により決定するか、住所原則により決定するかは、未解決の問題である。ラウンド・テーブルも、この問題について合意に達することができなかった」と述べ、やはりこの問題を未解決のままとしている。International Institute of Humanitarian Law, *supra* note 16, p. 193 (para. 117.).
- (31) この点については、J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Part 9-C, *The Law of Maritime Prize* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1971), pp. 206-219, 同書も、人や船舶の「国籍」という観念が成立したのはそれほど古いことではなく、船舶については一九世紀初頭頃（水上千之『船舶の国籍と便宜置籍船』（有信堂高文社、一九九四年）二二—二三頁）、人については一八世紀末ないし一九世紀初め頃と言われる（平賀健太『国籍法』上巻（帝國判例法規出版社、一九五〇年）一頁）。
- (32) この問題に関する以下の記述については、板倉卓造『近世国際法史論』（巖松堂書店、一九二四年）二八七—三四九頁・田岡・前掲注（6）二八六—二九一頁を参照。

- (33) “Droit maritime connu sous le nom de Consulat de la Mer.” *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, éd. J. M. Pardessus, tome 2 (Paris: Imprimerie Royale, 1831), pp. 303-307. ロンブラート・デル・マールに（こ）つては、松隈清「コンソラート・デル・マール」国際法学会編『国際関係法辞典』第二版（三省堂、二〇〇五年）四〇一頁を参照。
- (34) パリ宣言については、本稿注（13）参照。パリ宣言は、（i）私掠の廃止（「私船ヲ拿捕ノ用ニ供スルハ自今之ヲ廃止スル事」）、（ii）中立船上の敵貨の捕獲免除、すなわち中立船上の貨物についての自由船・自由貨主義の採用（「局外中立国ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載セル敵国ノ貨物ハ戦時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿獲スヘカラサル事」）、（iii）敵船上の中立貨の捕獲免除、すなわち敵船上の貨物についてのコンソラート・デル・マール主義の採用（「敵国ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載セル局外中立国ノ貨物ハ戦時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿獲スヘカラサル事」）、および（iv）実効的封鎖の原則（「港口ノ封鎖ヲ有効ナラシムルニハ実力ヲ用ニサルヘカラス即チ敵国ノ海岸ニ接到スルヲ實際防止スルニ足ルヘキ充分ノ兵備ヲ要スル事」という四つの規則のみを定めたごく簡潔な条約である。
- (35) 条約文には、批准書や加入書の寄託者に関する規定が置かれるのが通常であるが、パリ宣言には寄託者に関する規定が存在しない。この点について、ロバーツ（Adam Roberts）およびゲルフ（Richard Guelfi）は、「英国の外務省は、英国が寄託者であると述べている。これに加え、フランスの外務省は、同省が何通かの加入書を受領したと述べている」と述べ、英国外務省およびフランス外務省に照会して確認した結果として、パリ宣言の当事国数を「五一カ国」としている。ロバーツおよびゲルフによれば、これら五一カ国以外で、ニュージェナダおよびウルグアイがパリ宣言全体に拘束される旨の同意を表明し、ベネズエラがパリ宣言第二、第三および第四規則に拘束される旨の同意を表明しているが、正式の加入書が寄託された事実は確認できないという。また、フランス外務省が一九九七年に提示したリストには、ブルガリアが当事国として挙がっているとのことであるが、ロバーツおよびゲルフによれば、ブルガリアがパリ宣言に拘束される意思を表明したか否かは定かでない、いずれにしても正式の加入書が寄託された事実は確認できないという。Adam Roberts and Richard Guelfi, eds. *Documents on the Laws of War*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 48, 50-51. なお、赤十字国際委員会は、ロバーツおよびゲルフがパリ宣言の当事国として挙げる五一カ国に加え、ブルガリア、ニュージェナダ、ウルグアイおよびノルウェー（ロバーツおよびゲルフは、ノルウェーについて、一八五六年当時一つの国を構成していた「スウェーデン＝ノルウェー」としてカウントしている）の四カ国を加えた五五カ国をパリ宣言の当事国

- とつて考へてゐる。http://www.icrc.org/applic/ihl/ihlinsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=105 (accessed 26 May 2014).
- (36) 米国は、私掠の廃止に関する第一規則について、これが「国際法の確立した規則」となっていることを受け入れなかったが、中立船上の敵貨の扱いに関する第二規則および敵船上の中立貨の扱いに関する第三規則、ならびに実効的封鎖に関する第四規則については、これらが「国際法の確立した規則」となっていることを認めたのである。J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Vol. 7 (Washington: Government Printing Office, 1906), pp. 452-453.
- (37) Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations: A General History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 57.
- (38) Randall Lesaffer, "A Schoolmaster Abolishing Homework?: Vattel on Peacemaking and Peace Treaties," in *Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective*, ed. Vincent Chetail and Peter Haggemannacher (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), p. 354.
- (39) 正戦論については、和仁健太郎『伝統的中立制度の法的性格：戦争に巻き込まれない権利とその条件』（東京大学出版会、二〇一〇年）三九頁および以下に挙げた文献を参照。
- (40) Francisco Suárez, *Selections from Three Works of Francisco Suárez, S.J.: De legibus, ac deo legislatore, 1612, De fensio fidei catholicae, et apostolicae adversus anglicanae sectae errores, 1613, De triplici virtute theologica, fide, spe, et charitate, 1621*, The Classics of International Law, Vol. 1, The Photographic Reproduction of the Selections from the Original Editions (Oxford: Clarendon Press, 1944), p. 804 (Disp. XIII, *De bello*, sec. 4, n. 1). 本書の邦訳として、伊藤不二男『スエーサスの国際法理論』（有斐閣、一九五七年）一〇三—一五二頁を参照したが、本稿の訳はそれと必ずしも同一ではない。
- (41) Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, The Classics of International Law, Vol. 1, A Photographic Reproduction of the Edition of 1646, with a Portrait of Grotius (Oxford: Clarendon Press, 1925), p. 101 (lib. II, Cap. 1, ij).
- (42) Christian Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, The Classics of International Law, Vol. 1, The Photographic Reproduction of the Edition of 1764 with an Introduction by Dr. Otfried Nippold, a List of Errata, and a Portrait of Wolff (Oxford: Clarendon Press, 1934), p. 221 (§ 617).
- (43) E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et*

souverains, Vol. 2. Photographic Reproduction of the Book III and IV of the First Edition (1758) (Washington, D.C.: The Carnegie Institution of Washington, 1916), p. 21 (Liv. III, Chap. III, § 26).

(44) この点については、大沼保昭「戦争」大沼保昭編『戦争と平和の法』補正版（東信堂、一九九五年）一一八頁・太田義器『グロティウスの国際政治思想：主権国家秩序の形成』（ミネルヴァ書房、二〇〇三年）一三三―一六三頁。

(45) “jurisdictio”や“potestas jurisdictionis”をこのように訳すかは難しい問題である。この点について、太田義器は、「Jurisdictio は dominium 同様」に「難解な述語である。それはたんに司法権のみを意味して用いられてはいなかった。あえてまとめるならば、それは〈政治社会のなかで正当性を帯びて行使される強制力〉を意味していた」と述べ、「jurisdictio」を「裁判権」と訳す。太田・前掲注（45）一三八、一六〇頁。伊藤不二男は、これを「裁判管轄権」と訳している。伊藤・前掲注（40）一六〇、一七七頁。

(46) Suárez, *supra* note 40, pp. 799, 804 (Disp. XIII, *De bello*, sec.2, n. 1, sec. 4, n. 1).

(47) Grotius, *supra* note 41, p. 101 (Lib. II, Cap. I, ii).

(48) そうだとすると、ある国が、本来平等であるはずの他国に対して*iurisdictio*を行使できるのはなぜか、という問題が生ずる。この点について、スアレスの正戦論について詳細な研究を行った伊藤不二男は、次のように説明する（次の引用文における「裁判管轄権」は、“jurisdictio”および“potestas jurisdictionis”の訳である）。「刑罰は本来、上位の権威が自己の裁判管轄権に服従する者に対して行うべきものである。けれども、戦争はかかる服従者に対して行われるものではない。それは、本来は自己の裁判管轄権に服従するものでない者に対して、換言すれば、その戦争を宣言し実行する国家と平等なる他の主権的国家に対して行われる。しかもそれは刑罰権の行使である。とすれば、その戦争たる刑罰権の行使の対象となる国家が、戦争を宣言し実行する国家の裁判管轄権に服従する事由がなくてはならない。それがすなわち、重大な不正である。その不正のために“*ratione delicti*”それを行った国家は相手の国家の服従者となり、その国家の裁判管轄権に服従することになる（sec. 4 n. 1）。このように、スアレスは説明する。」伊藤・前掲注（40）七四頁。こうした理論構成をとると、「同一の事件において、同一の人が当事者であると同時に裁判官であることになる」が、なぜそれが可能なのかという問題がさらに生ずる。同上、七五頁。スアレスはこの問題をどう解決したか。伊藤は次のように説明する。「そこでスアレスは、この反対に対してつぎのように答える。まず、上述の場合には、同一の人が当事者であると同時に

裁判官となることを卒直に認める。そして、かかることは『神』について認められることであるが、公の權威はその神と類似したものである (sec. 4, n. 7)。「そして、刑罰は、もつぱら不正を処罰するために、神の命令によつて与えられたもの (sec. 4, n. 5) として觀念された。従つて、主権国家が自ら他の主権国家の不正を処罰する場合には、前者はその上位の權威たる『神の役者』Minister Dei^{キタキヤ}としてそのことを行うのである。」同上、七六、七八頁。

- (49) 山内進『掠奪の法觀念史：中・近世ヨーロッパの人・戦争・法』(東京大学出版会、一九九三年)三四—三五頁。
- (50) Otto Brunner, *Land und Herrschaft: Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, 5. Aufl. (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970), S. 39.
- (51) Peter Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (Paris: Press Universitaires de France, 1983), p. 83.
- (52) Brunner, oben Anm. 50, S. 39.
- (53) Fritz Redlich, *De praeda militari: Looting and Booty 1500-1815* (Wiesbaden: Franz Steiner Verlag GmbH, 1956), p. 2.
- (54) 山内・前掲注 (49) 二三頁。
- (55) Brunner, oben Anm. 50, S. 41-42 [傍点引用者]。
- (56) Haggemacher, *supra* note 51, p. 82 [傍点引用者]。
- (57) Francis de Victoria, *De indis et de iure belli relectiones*, The Classics of International Law (Washington: Carnegie Institution of Washington, 1917), p. 293 (*De iure belli*, sec. 50).
- (58) Grotius, *supra* note 41, p. 472 (Lib. III, Cap. VI, i), 本書の邦訳として、伊藤不二男『シュトリアの國際法理論』(有斐閣、一九六五年)一九三—二四三頁を参照したが、本稿の訳はそれと必ずしも同一ではない。
- (59) Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, The Classics of International Law, Vol. 1, The Photographic Reproduction of the Edition of 1688 (Oxford: The Clarendon Press, 1934), p. 892 (Lib. VIII, Cap. VI, § 20).
- (60) Wolff, *supra* note 42, p. 310 (§ 849).
- (61) Vattel, *supra* note 43, p. 170 (Liv. III, Chap. XIII, § 193) [イタリック体原文]。
- (62) Redlich, *supra* note 53, p. 3.
- (63) 山内・前掲注 (49) 一九頁。

- (64) E.g., Grotius, *supra* note 41, pp. 476–481 (Lib. III, Cap. VI, x-xxvii).
- (65) *Ibid.*, p. 175 (Lib. II, Cap. VII, ii). グロティウスによれば、承継取得は、人間の作為により（すなわち所有者の意思による所有権もしくは支配権の譲渡）または法律（自然法、諸国民の意思法、国家法）の作用により行われる。後者のうち、自然法の作用による承継取得として、グロティウスは法上弁済と無遺言相続（*successione*）の二つを挙げる。この点については、柳原正治「所有権・支配権」大沼保昭編『戦争と平和の法』補正版（東信堂、一九九五年）二四八、二五〇頁を参照。
- (66) Grotius, *supra* note 41, p. 175 (Lib. II, Cap. VII, ii).
- (67) グロティウスは、戦時における敵財産の取得について論じた『戦争と平和の法』第三卷第六章では法上弁済について何も述べていないが、法上弁済によってこれを基礎づけていると考えられる。この点について、奥脇直也は、次のように述べている。「自然法上所有権の取得は、一定の原因にある場合に限られ、占有の移転だけでは所有権移転の効果は生じない。」「正戦による回復ないし刑罰としての敵の財産の取得を、グロティウスは法上弁済 *explicio iuris* によって説明しているようである (II, vii, 2)。」奥脇直也『戦争法』大沼保昭編『戦争と平和の法』補正版（東信堂、一九九五年）四二一、四三六頁。
- (68) Grotius, *supra* note 41, pp. 474–475 (Lib. III, Cap. VI, v, vi).
- (69) *Ibid.*, pp. 477–479 (Lib. III, Cap. VI, xxiv).
- (70) 本稿注 (57)、(59) および (60) ならびにそれらに対応する本文を参照。
- (71) Wolff, *supra* note 42, p. 286 (§ 786).
- (72) ヴォルフは、「戦争遂行に要した費用は、「不正戦争を行う国から」正当戦争を行う国に対して支払われなければならないから、軍の給養に必要な物があれば、それは、「不正戦争を行う国から」正当戦争を行う国に対して与えられなければならない」と述べる。*Ibid.*, p. 308 (§ 844). ヴォルフによれば、“*contribuitones militares*”とは、「敵国領土内に入った交戦国軍が「金銭、農産物、馬の餌、その他軍の給養に必要なあらゆる物を敵の臣民から取り立てる (*exiguntur*)」ことであり、これは、後の時代の陸戦法規における取立金および現品徴発の制度に相当する。*Ibid.* (§ 843). また、ヴァッテルによれば、「農村や無防守地域の掠奪に代えて、それよりも人道的で、かつ、戦争を行う主権者にとってもより利益となる

慣行が行われるようになった。それが、『取立金 (*Contribution*)』である。正当戦争を行う者は、その軍隊の給養および戦争の全費用を敵国 (*le pays ennemi*) に負担せよ (*contribuer*) とながびきる。『正当戦争を行う者』は、何れも「敵国」が彼に対して義務を負っているものの一部を獲得する。そして、つづいた課税 (*imposition*) に応じた敵臣民の財産は、掠奪を免れ、国土が保全されるのである。Vattel, *supra* note 43, p. 136 (Liv. III, Chap. IX, § 165).

(73) 竹本正幸『国際人道法の再確認と発展』(東信堂、一九九六年)三六—三七頁。

(74) Grotius, *supra* note 41, pp. 472-473 (Lib. III, Cap. VI, xxvi) [傍点「用者」]。 *Ibid.*, pp. 474-475 (Lib. III, Cap. VI, v, vi) も参照。

(75) *Ibid.*, p. 474 (Lib. III, Cap. VI, v) [傍点「用者」]。

(76) “Traité conclu pour vingt ans, entre EDOUARD III. Roi d’Angleterre & les Députés des Villes maritimes du Royaume de CASTILLE & du Comté de BISCAYE, pour le bien du Commerce réciproque,” donné à Londres, le 1. Août 1351, J. du Mont, *Corps universel diplomatique du droit des gens*, tome 1 (2) (Amsterdam: P. Brunel, R. et J. Weinstein, et G. Smith, Henri Waeberge, et Z. Chatelein, 1726), pp. 265-267; “Traité de Commerce conclu pour cinquante ans, entre EDOUARD III. Roi d’Angleterre & les Députés des Villes maritimes du Royaume de PORTUGAL,” donné à Londres le 20. Octobre 1553, *ibid.*, pp. 286-287.

(77) R. G. Marsden, ed. *Documents relating to Law and Custom of the Sea*, Vol. 1 (London: Navy Records Society, 1915-16), pp. x, 75-77, 102-104, 106-107.

(78) 本稿注 (53) 参照。

(79) Carl J. Kulsrud, *Maritime Neutrality to 1780: A History of the Main Principles Governing Neutrality and Belligerency to 1780* (Boston: Little, Brown, and Co., 1936), pp. 109-123; Stephen C. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History* (Manchester: Manchester University Press, 2000), p. 12.

(80) D. A. Gardiner, “The History of Belligerent Rights on the High Seas in the Fourteenth Century,” *Law Quarterly Review*, Vol. 48 (1932), pp. 536, 541.

(81) Marsden, *supra* note 77, p. x.